

REVISÃO JUDICIAL DE CONTRATOS ENTRE EMPRESÁRIOS

Manoel de Queiroz Pereira Calças

Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Bauru (ITE)

e do Curso Preparatório para Concursos (CPC).

Diretor do Centro de Estudos e Debates do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar a revisão judicial dos contratos entre empresários, através de uma perspectiva doutrinária e jurisprudencial da aplicação da teoria da imprevisão.

O momento histórico-político para o estudo da pretensão revisional dos contratos é dos mais adequados, pois, tendo nossa Constituição Federal, ao traçar as normas da ordem econômica e financeira, adotado os princípios da livre iniciativa, propriedade privada, livre concorrência e permitido a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só em casos excepcionais, isto é, quando imperativa por segurança nacional ou relevante interesse coletivo, é de se concluir que nosso constituinte adotou o modelo econômico neoliberal. Implementada a nova política econômica, nosso país procurou inserir-se na nova ordem econômica globalizada, abrindo as barreiras que limitavam as importações, realizando privatizações de empresas estatais, criando um programa de saneamento do sistema financeiro, estimulando as fusões e incorporações, com incentivos ao capital estrangeiro. A par disso, implantou-se um programa econômico objetivando debelar a inflação que, há muito tempo, corroía a moeda nacional, instituindo-se novo padrão monetário que erigiu como âncora o dólar americano, sustentando-se a política econômica governa-

mental em dois fundamentos: juros altos e dólar reprimido, sendo esta a tônica das manifestações do Presidente do Banco Central que defendia a tese de que não haveria maxidesvalorização da moeda, visto que o Banco Central, através da fixação de "bandas" máxima e mínima, garantiria uma flexibilidade controlada da moeda norte-americana. O "Jornal do Brasil", em editorial de 25 de julho de 1998, denominado "Duas Faces da Moeda", analisa a política econômica brasileira após quatro anos de plano real, onde se afirma que o sucesso do plano de estabilização deve ser creditado, em grande parte, à firmeza do Banco Central na condução da política monetária e cambial, firmeza esta que "se traduz em juros altos (para compensar, na desaceleração das atividades privadas, o excesso de gastos do setor público) e no câmbio contido, para manter as importações acessíveis e desautorizar qualquer manobra especulativa interna. Os dois fatores combinados induzem o setor privado a forte aumento de produtividade para poderem continuar competindo com os produtos estrangeiros". (Jornal do Brasil, pág.8). Tal política governamental foi adotada até 13 de janeiro de 1999, quando o Governo Federal, pelo comunicado nº 6.560, editado pelo Diretor de Assuntos Internacionais, publicou os valores das bandas máxima e mínima, seguindo-se o Comunicado nº 6.563, que noticiou que o Banco Central deixaria de intervir no mercado cambial, abandonando a política de fixação de bandas, praticada por quase cinco anos, ocasionando brusca e violenta alteração na relação da moeda nacional e americana, pois liberando o mercado das peias oficiais, o dólar artificialmente reprimido passa a ser sobrevalorizado excedendo, inclusive, a cotação que os economistas sustentavam ser real e correta.

Diante desse novo quadro, os contratantes que haviam convencionado prestações diferidas ou de trato sucessivo em valores atualizados pela variação cambial, alegando impossibilidade de cumprimento dos contratos, em face da onerosidade excessiva, passam a invocar a teoria da imprevisão, em face do fato do príncipe, buscando a revisão judicial dos contratos empresariais.

Por tais motivos, como ressaltado inicialmente, é extremamente oportuno o estudo do tema, que tem apenas a ambição de analisar as alterações do direito contratual, especialmente no que diz respeito aos contratos de longa duração ou que estabelecem prestações continuadas ou diferidas, celebrados entre empresários e a possibilidade de revisão de cláusulas contratuais. Examina-se ainda a incidência, ou não, do Código de Defesa do Consumidor nos contratos firmados entre empresários, visto que a legislação consumerista prevê, expressamente, como direito básico do consumidor a possibilidade da modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (artigo 6º, V, da Lei 8.078/90).

2. CONCEITO DE CONTRATO

Os doutrinadores normalmente conceituam os contratos como sendo os ne-

gócios bilaterais ou plurilaterais que, em face do consenso, criam obrigações para as partes: em suma: os contratos são fontes de obrigações. O Código Civil não definiu o contrato, limitando-se a formular o conceito de ato jurídico, de cujos elementos a doutrina se serve para estabelecer a seguinte noção legal: "o contrato é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos" (Beviláqua, 1917:240). Darci Bessone, citando Betti, afirma que "O contrato se inclui na categoria dos negócios jurídicos. É um negócio patrimonial e bilateral ou plurilateral (na formação), pois, como se verá, conceitua-se como "acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial". (1997:5).

Pode-se afirmar que o contrato é espécie do gênero negócio jurídico celebrado por duas ou mais pessoas, decorrente de livre manifestação da vontade, que estabelecem obrigações contrapostas, de caráter pecuniário, do qual decorre um vínculo obrigacional por força da lei. A vontade das partes é, pois, reconhecida pela lei, como vinculante, de molde a instituir obrigações que, se não forem espontaneamente adimplidas, poderão ser judicialmente executadas.

Os contratos, quando celebrados entre empresários, isto é, entre pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividade econômica organizada, com finalidade especulativa, podem ser chamados de contratos empresariais. Além desses contratos, celebrados apenas entre empresários, no exercício de sua atividade empresarial, regulados pelo Direito Comercial, os empresários também celebram contratos com consumidores, que atualmente são submetidos ao regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor, bem como contratos com a administração pública, que se subordinam ao Direito Administrativo.

3. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS E IDEOLÓGICOS DOS CONTRATOS

A análise da formação histórica dos contratos impõe que se examine a doutrina dos canonistas e da escola do Direito Natural.

Os canonistas fundamentaram a idéia do contrato sobre os pressupostos do consenso e da fé jurada, enfatizando que o consentimento, decorrente da livre manifestação de vontade é fonte das obrigações, lançando bases para a formulação do princípio do consensualismo que deriva da autonomia da vontade. Pelo princípio do consensualismo, o contrato se constitui quando as vontades das partes se harmonizam, sendo o consenso a causa eficiente da formação do vínculo contratual, que decorre do respeito à palavra dada e do dever de dizer a verdade. (Pereira, 1978:19).

Os naturalistas, por seu turno, racionais e individualistas, sustentavam que a constituição do vínculo obrigacional derivava, exclusivamente, da livre manifestação de vontade dos contratantes, advindo de tal entendimento a afirmativa de que o consentimento basta para obrigar (*solus consensus obligat*). (Gomes, 1997:5)

Photier, por seu turno, também enfatizava que o acordo de vontades era o ge-

rador do vínculo jurídico, lembrando o Código de Napoleão, que estabelecia ter o contrato força de lei entre as partes. O Código Civil francês, efetivamente, em seu artigo 1.134, prevê que: "*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites*", disposição também existente no Código Civil italiano de 1942, que repete a afirmativa de que os contratos tem força de lei entre as partes. (Gomes, 1997:6).

ORLANDO GOMES diz que,

"Não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica que hoje se denomina contrato, pois, segundo Bonfante, era um especial vínculo jurídico (vinculum juris) em que consistia a obrigação (obligatio), dependendo esta, para ser criada, de atos solenes (nexum, sponsio, stipulatio). É certo que o conceito sofreu alterações, e outros romanistas, como Riccobono, sustentam que o contrato era o acordo de vontades, gerador de obrigações e ações, ou que na fase pós-clássica já se admitia que a origem das obrigações se encontrava na declaração da vontade das partes" (1997:6).

4. DIREITO CONTRATUAL CLÁSSICO - LIBERALISMO

Durante a fase do direito contratual clássico, iniciada no século XVIII, fortemente influenciado pelo capitalismo moderno, duas foram as idéias que marcaram a teoria dos contratos. Primeiramente, passou-se a conceber o direito contratual como um conjunto de regras e princípios mínimos, abstratos, simples e universais. A segunda idéia, derivada do direito canônico, pela qual o contrato passa a ser visualizado como instrumento geral de disciplina de todas as relações sociais, e não apenas como regulador de relações econômicas de troca.

SERPA LOPES destaca que as características essenciais do contrato clássico eram as seguintes: 1) os indivíduos são livres de contratar ou de não contratar. 2) nulo é o contrato em não havendo um consentimento livre; 3) o conteúdo do contrato pertence livremente à determinação das partes contratantes; 4) no caso de conflito interespaçial de leis, os contratantes são livres de eleger a lei aplicável às suas relações contratuais; 5) concluído o contrato é ele intangível, a menos que as próprias partes contratantes o rescindam voluntariamente; 6) o contrato concluído livremente incorpora-se ao ordenamento jurídico, tendo o contratante o direito de pedir a intervenção do Estado para a execução da obrigação não cumprida; 7) o juiz, ao aplicar o contrato, é obrigado a se ater à intenção comum das partes contratantes" (1964:19).

No século XIX o liberalismo atinge o seu apogeu com a integral aplicação do *laissez-faire*, que não permitia ao Estado intervir nas relações econômicas estabele-

cidas livremente entre as pessoas, sendo vedada qualquer interferência estatal no âmbito doméstico do relacionamento contratual, mesmo em hipóteses nas quais se configurasse como injusta a relação contratual. Aplicava-se, com rigor, o velho princípio do *pacta sunt servanda* e o inadimplemento contratual justificava a execução coativa judicial das obrigações contratuais, sendo totalmente despicienda qualquer defesa que se sustentasse na desigualdade das partes ou nos prejuízos que uma das partes suportaria em face da rigorosa e objetiva exigência de sua contraprestação.

Durante tal período da história do direito contratual, enfatizava-se a ampla liberdade de contratar, derivada do princípio da autonomia da vontade, proclamando-se que as pessoas podiam agir livremente, celebrando, ou não, qualquer espécie de contrato, nele inseridas quaisquer espécies de cláusulas, vedando-se a intervenção do Judiciário no âmbito interno dos contratos, mesmo que, a execução da avença causasse prejuízos aparentemente injustificados a uma das partes contratantes.

5. LIBERALISMO CONTEMPORÂNEO

No início, deste século os juristas constatarem que a igualdade política que a ordem jurídica assegurava não correspondia à igualdade econômica, pois, com o desenvolvimento do capitalismo, e o surgimento de grandes empresas, ao se insistir na igualdade das partes contratantes, olvidava-se o grande desnível econômico das partes, circunstância que podia gerar enormes injustiças, ensejando a desproporcionalidade das prestações convencionadas.

RONALDO PORTO MACEDO JR., faz a seguinte assertiva:

"Conforme salientado, a idéia básica do direito contratual do século XIX incorpora a idéia do Estado liberal, no qual o direito maximiza a liberdade dos indivíduos, favorece a autoconfiança e assume uma postura neutra frente determinadas desigualdades sociais. O quadro conceitual básico do direito contratual clássico fica fixado pelas escolhas individuais, no âmbito das quais o direito deve desempenhar um papel de agente facilitador das transações. Conforme é freqüentemente observado pela bibliografia sobre contratos, inclusive a mais tradicional, diversos problemas que emergem em casos concretos para este sistema contratual liberal clássico irão questionar o âmbito da liberdade de escolha e a responsabilidade dos agentes contratantes nas transações econômicas. Tais questionamentos colocarão em cheque a idéia de sistema puro e bem definido, em torno do qual se estrutura o direito contratual clássico. Não obstante a permanência do sistema, ainda que com um crescente número de exceções e modificações, reflete a necessidade de preservar a sistematicidade e legitimidade de um

modelo de pensamento doutrinário fechado e integrado. A doutrina da integralidade e a idéia de sistema jurídico legal racional ajudam a manter a legitimidade do direito, à medida que este é apresentado como um sistema neutro, isento de valores, imunes à política e organizado por um conjunto de princípios que podem ser legitimados tanto racionalmente como pela tradição e rotinização das ações dos operadores do direito. Em outras palavras, o sistema contratual liberal mantém sua hegemonia à medida que oferece elementos para a ampliação da legitimidade do exercício do poder organizado em termos de dominação burocrática racional formal e também mediante mecanismos de dominação tradicional." (1998: 47/48).

A teoria clássica dos contratos, portanto, não tinha condições mais de ser aplicada nos moldes tão bem sintetizados na tese acima reproduzida. Os juristas começam a perceber que o princípio da não intervenção do Estado, de forma absoluta, não pode ser aplicado integralmente às relações contratuais e começam a defender a intervenção estatal no regramento contratual, sugerindo a edição de normas de ordem pública regulatórias com o objetivo de limitar a autonomia da vontade em favor do interesse coletivo. Sustenta-se a possibilidade da intervenção judicial nos limites internos dos contratos, permitindo-se a mitigação de seus efeitos, modificando-os ou liberando a parte contratante prejudicada, na busca de uma justiça contratual.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA afirma que:

"A idéia intervencionista ganha corpo e atinge três aspectos principais:

A) Às vezes o legislador impõe a contratação, como no caso de definir como delito contra a economia popular a sonegação de mercadorias ou a recusa de vender (Lei n. 1.521/51), ou como naquele outro de conceder ao locatário de prédio urbano a prorrogação de aluguel.

B) Outras vezes institui cláusula coercitiva, definindo direitos e deveres dos contratantes, em termos insuscetíveis de derrogação, sob pena de nulidade ou punição criminal, como no contrato de trabalho (CLT, art. 9º), ou no de venda de terrenos em prestações, em que é vedada a cláusula de rescisão de pleno iure do contrato (DL nº 58/37).

C) Em outros casos, concede a lei ao juiz a faculdade de rever o contrato, e estabelecer condições de execução, coativamente impostas, caso em que a vontade estatal substitui a vontade dos contratantes, valendo-se a sentença como se fosse a declaração volitiva do interessado". (1978:26).

Atualmente, pode-se citar como exemplos de intervenção judicial nos contratos as hipóteses previstas no artigo 19 da Lei nº 8.245/91, que prevê a revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado. A renovação judicial dos contratos de locação não residenciais, prevista no artigo 51 da Lei nº 8.245/91 é outra hipótese em que a autonomia da vontade do locador cede diante da intervenção do Judiciário que, pode, renovar compulsoriamente o contrato locatício.

Conclui-se, portanto, que o princípio da força obrigatória dos contratos, configurado na antiga afirmativa de que o contrato é lei entre as partes, pedra angular sobre a qual se assenta a segurança das relações contratuais, que vigorou de forma absoluta durante cerca de dois séculos, e que proibia a intervenção do juiz para rever cláusulas contratuais ou exonerar uma das partes das obrigações convencionadas, gradualmente foi sendo abrandado e não incide mais com a marca da imperatividade absoluta.

O dogma clássico do *pacta sunt servanda* é relativizado, sendo aplicado com mitigações, sem, no entanto, perder sua importância como base de segurança sobre a qual se assenta a teoria dos contratos e a obrigatoriedade do cumprimento das obrigações livremente pactuadas na forma da legislação positiva.

Este é o ensinamento de FÁBIO ULHOA COELHO, *in verbis*:

"A cláusula pacta sunt servanda, no entanto, não tem aplicação absoluta, posto que se encontra limitada por uma outra cláusula, também implícita em certos contratos, que possibilita a sua revisão diante de alterações econômicas substanciais que surpreendem uma das partes contratantes durante a execução do avençado. Trata-se da cláusula "rebus sic stantibus", que sintetiza a teoria da imprevisão. Segundo esta cláusula, se uma das partes contratantes tiver a sua situação econômica alterada em virtude de fatores imprevisíveis e independentes de sua vontade, e em função desta alteração o cumprimento do contratado acabar se revelando excessivamente oneroso para ela, então será possível a revisão das condições em que o contrato foi estabelecido". (1997: 402/403).

6. TEORIA DA IMPREVISÃO

O desenvolvimento histórico da teoria da imprevisão não pode ser estabelecido com perfeita precisão, pois, segundo os doutrinadores, ela se originou da obra dos canonistas e dos pós-glosadores dos séculos XIV a XV, com a formulação da cláusula *rebus sic stantibus*, síntese da antiga regra: *Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*.

Ao tratar da revisão judicial dos contratos, J. M. OTHON SIDOU, assim inicia sua análise do tema:

"O princípio rebus sic stantibus foi semente lançada pelos filósofos estoicos; colhida por poucos jurisconsultos clássicos; semeada pelos salmistas e canonistas; brotada da jardinagem dos pós-glosadores; tornada arbusto em proveito do incipiente direito internacional; e, árvore quase morta pelo egoísmo individualista, reverdeceu com o adubo do suor humano para dar sombra aos que procuram abrigo no direito social" (1984:26).

A cláusula "R.S.S.", significava que determinadas espécies de contratos, especialmente os de duração prolongada no tempo, subordinavam-se à permanência do mesmo estado de fato existente ao tempo de sua celebração. Criada pelos canonistas e pós-glosadores, com o apoio de Santo Tomaz de Aquino, era aplicada pelos tribunais eclesiásticos, acabando por ser acolhida pelo direito comum, tendo grande importância e pacífica aceitação até o final do século XVIII. O Código bávaro de 1756 a adota expressamente, impondo como pressupostos de sua incidência: 1) alteração de circunstâncias que não proviesse nem de mora, nem de fato ou culpa do devedor; 2) de tal natureza que não fosse fácil prevê-la; 3) e de tal monta que, segundo opinião desinteressada e honesta de uma pessoa inteligente, o devedor não teria consentido em obrigar-se, se suspeitasse de sua superveniência.

A cláusula "R.S.S." passa a sofrer sérias críticas no final do século XVIII e, no início do século XIX, entra em franca decadência, insurgindo-se a doutrina contra sua aplicabilidade, restaurando-se o princípio da irretratabilidade dos contratos, anotando-se que o Código de Napoleão e o Código Civil italiano não a adotam.

As profundas alterações da ordem econômica e social decorrentes das duas grandes guerras mundiais, trouxeram grandes reflexos sobre a ordem jurídica que vieram a atenuar a rigidez das normas, afastando sua inflexível e absoluta interpretação, sob pena de se praticar severas injustiças. Ressurge, assim, a antiga doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*, sob nova denominação e com novos fundamentos. É a impossibilidade subjetiva ou a onerosidade excessiva, decorrentes da alteração imprevista da situação fática, a permitir a flexibilização do postulado da irretratabilidade dos contratos. (Fonseca, 1943:195).

A necessidade imperiosa de se autorizar a intervenção judicial nos contratos, cuja comutatividade fora alterada por elementos externos, totalmente desvinculados da culpa das partes, de molde a se realizar uma justiça contratual, trouxe à baila diversas doutrinas que pretendiam justificar a teoria da imprevisão.

Inicialmente, abandonou-se a idéia da cláusula tácita da "R.S.S.", pela qual, em todas as relações contratuais com obrigações sucessivas ou diferidas, os contratantes, de forma implícita, condicionavam a execução contratual à permanência da situação fática-objetiva que vigorava à época da celebração.

Não é objetivo deste trabalho analisar, com profundidade, todas as teorias que se urdiram em redor da discussão sobre a possibilidade da intervenção revisionista dos contratos pelo Judiciário.

Por isso, será feito rápido e sintético esforço sobre as principais teorias que cuidaram da revisão contratual.

A justificativa da imprevisão, decorrente da análise da vontade dos contratantes, base da teoria da pressuposição de WINDISCHEID, surgida em meados do século passado, merece aqui ser destacada:

"Em todos os negócios jurídicos de execução diferida ou continuada, há da parte de quem assume a obrigação, o pressuposto tácito de que permaneçam constantes, ou que não sofram senão as oscilações normais, as condições gerais do mercado, o valor da moeda, etc., e que, portanto, sobrevindo mudanças extraordinárias, que tornem excessivamente gravosas as obrigações contraídas, estas possam vir a ser afastadas, já que subentendida, em todo negócio jurídico de natureza patrimonial, uma cláusula rebus sic stantibus. E prossegue o eminente romanista: "quem manifesta sua vontade sob certo pressuposto, quer, à semelhança de quem emite uma vontade condicionada, que o efeito jurídico venha a existir dado um certo estado de relações". (Sidou, 1984:35)

Esta teoria era muito mais abrangente do que a teoria da "R.S.S.", pois, para Windscheid, não tem qualquer relevo se a prestação seja positiva ou negativa, presente, pretérita ou futura, abarcando, não apenas o contrato, mas a qualquer ato jurídico.

Outra teoria, também baseada na análise da vontade contratual que teve grande repercussão foi a denominada "teoria da superveniência", de GIUSEPPE OSTI. Para o notável jurista, convencionando-se o cumprimento de uma prestação no futuro, o contratante, ao se vincular, representa, mentalmente, os efeitos abstratos de sua obrigação. Há, pois, uma determinação da vontade, que, oportunamente, quando da execução, convolar-se-á em atos de vontade. Faz ele, dessarte, uma distinção entre a vontade de contratar ou de obrigar-se e a chamada vontade marginal, isto é, vontade de executar a prestação prometida, que depende de uma atividade voluntária posterior ao ato de contratar. (Sidou, 1984:37) DARCY BESSONE, analisando a teoria da superveniência, explicita que a vontade marginal compreende a consecução efetiva da contraprestação, tal como foi representada quando da troca das promessas e como entidade econômica correspondente à representada. Enquanto, porém, não se traduzir em atos, a vontade marginal não é perfeita e definitiva, porque, até tal momento, pode ser modificada a representação que constitui o seu pressuposto, pela superveniência de eventos não previstos pelas partes ou por outros motivos. A tutela jurídica da vontade contratual tem por base a avaliação do seu conteúdo, sob a ótica da utilidade social, consistente em produzir um resultado prático e concreto. Assim, se o cumprimento da obrigação não gera o resultado desejado, mas

produz resultado totalmente diverso do pretendido, a proteção jurídica da vontade contratual perde a razão de ser, pois a prestação deixa de corresponder à finalidade econômica representada pelo contratante. (1997:215)

A teoria da superveniência prestou grande contribuição ao direito, pois, completou, de forma definitiva, a velha cláusula da *rebus sic stantibus*. Pela teoria da superveniência, a revisão do contrato não fica mais limitada à imprevisão ou imprevidência. Os fatos modificativos que a autorizam ultrapassam a não previsão dos contratantes quando da celebração do contrato, pois, além da imprevisão, agrega a superveniência, mesmo que ao contratar, tudo estivesse razoavelmente previsto no contrato comutativo, de prestação diferida ou sucessiva. (Sidou, 1984:38).

Também, no direito inglês, consoante anotou GUTTERIDGE, a questão foi submetida à apreciação da doutrina, quando do julgamento dos "casos da coroação", os *coronation nat cases*. Pouco antes da coroação de Eduardo VII, foram alugadas localidades onde seria possível assistir à passagem do cortejo real. No entanto, o novo monarca adoeceu subitamente e sua coroação foi adiada. Em face de tal alteração da situação prevista, os tribunais ingleses exoneraram os locatários de pagar os aluguéis contratados, mesmo considerando-se que os locais ficaram à disposição deles. O fundamento do julgamento foi a teoria das cláusulas tácitas ou implícitas, muito próximo, portanto, da cláusula "R.S.S." (Bessone, 1997:216).

Após a Grande Guerra de 1914, com a desvalorização do marco, surge pela primeira vez, em França, a célebre Lei Failliot, de 1918, que prevê expressamente a aplicação da teoria da imprevisão. A edição da lei resultou do equacionamento dos contratos de fornecimento, pois, "a parte obrigada a fazer as entregas devia entregar as mercadorias a um preço razoável na época da celebração do contrato, mas absolutamente insuficiente na época da entrega e isto por força da desvalorização ocorrida no intervalo". A equivalência das prestações, medida livremente pelas partes quando da celebração do contrato fora violentamente rompida, favorecendo o contratante que deveria pagar o fornecimento em marcos. Em outros contratos também se constatou que, o simples cumprimento nos termos avençados, impeliria uma das partes para a insolvência ou miséria, favorecendo a outra parte, que obteria um enriquecimento injustificado. Em suma, rompeu-se o equilíbrio contratual que é marca dos contratos comutativos. A observância do princípio do *pacta sunt servanda* de forma absoluta tornar-se-ia extremamente injusta. Em face da resistência da Corte de Cassação em rever os contratos, foi editada a Lei Failliot, pela qual, durante o conflito e até três meses depois de cessadas as hostilidades, os contratos comerciais celebrados antes de 1º de agosto de 1914, cujo cumprimento fosse diferido, poderiam ser resolvidos, ainda que não se verificassem quaisquer das cláusulas de resolução previstas no direito comum ou pactuadas pelas partes, se, em virtude do estado de guerra, a execução das obrigações por qualquer dos contratantes lhe causasse prejuízos em importância que excedesse muito as previsões que razoavelmente poderiam ser feitas quando da celebração do contrato.

A teoria da imprevisão, adotada pelo direito positivo francês, configurou o coroamento da evolução da revisão judicial dos contratos, iniciada com a velha cláusula da *rebus sic stantibus*, que foi aperfeiçoada pelas teorias da pressuposição e superveniência já examinadas.

A cláusula da *rebus sic stantibus* passa a ser considerada como implícita aos contratos, significando que, nos contratos de duração prolongada, chamados de trato sucessivo, ou de obrigações diferidas no tempo, o cumprimento da obrigação se condiciona à persistência da mesma situação fática existente ao tempo da celebração da avença. Havendo modificação da situação de fato, resultante de circunstância imprevisível, com a conseqüente oneração excessiva de uma das partes e o benefício injustificado para a outra, pode-se desvincular o prejudicado, permitindo-se também a alteração de cláusula, restabelecendo-se a equação econômica-financeira da relação contratual.

Diverge, porém, a doutrina a respeito da possibilidade da aplicação da teoria da imprevisão, quando não expressamente prevista pelos contratantes.

PONTES DE MIRANDA tratou do assunto sob o rótulo de "desaparição da base do negócio jurídico", dizendo que

"o direito é processo social de adaptação. Não se há de conceber sem se atender à sua função específica; portanto dentro da vida social, em que serve a melhor adaptação entre os homens. Os sistemas jurídicos preocuparam-se com os problemas da impossibilidade originária, do erro (que é subjetivo) e da impossibilidade superveniente, e em geral deixaram de edictar regras jurídicas para as espécies em que se não inseriu cláusula no negócio jurídico, mas em que a permanência, ou pelo menos, a não-mudança profunda das circunstâncias é essencial ao negócio jurídico." (1959:215)

MIRANDA critica a doutrina que sustenta ser a cláusula em exame implícita aos contratos de trato sucessivo. Diz que:

"Aqueles que falam de cláusula rebus sic stantibus sem a reputar implícita ou tácita, ou, já um tanto forçadamente, desatendem a que a cláusula é manifestação de vontade e manifestação de vontade há de ser expressa em palavras ou atos. Em vez disso, o que se viu foi a mais desabusada tentativa de formulação de teoria, com que, sem lei, se criasse regra jurídica sobre a base do negócio jurídico." (1959: 218).

"As chamadas teorias da imprevisão, ressonâncias atécnicas de discussões e soluções em doutrinas estrangeiras, partem de concei-

to que se há de afastar, radicalmente. Prevê-se subjetivamente, e não objetivamente; deixa-se de prever, subjetivamente, e não objetivamente. Se os autores baralham os conceitos de imprevisão e de cláusula rebus sic stantibus, crescem de ponto os equívocos: se em verdade nada se previu, não se há de falar-se em cláusula; se cláusula houve, explícita, previu-se; se a cláusula é implícita ou tácita resultou de alguma regra jurídica que a "dispôs"; se há cláusula rebus sic stantibus, à base do negócio jurídico está a continuidade das circunstâncias, de modo que o "imprevisto" subjetivamente foi posto fora de exame porque o previsto foi a continuidade". O próprio nome "teoria da imprevisão" denuncia que os seus autores nada queriam de preciso. Nos congressos internacionais, a mistura de conceitos e as tiradas de meia-ciência têm chegado às raias do ridículo. A propósito da cláusula rebus sic stantibus, o que é de maior relevo como argumento contra ela é que, se não é expressa, não se pode saber quais são as circunstâncias que haveriam de perdurar? Todas as circunstâncias, que seriam tornadas sem importância, com a aparição de circunstâncias novas, ou que não poderiam mudar sem que perdesse o contrato a função jurídico-social que teria? Então, seriam circunstâncias que a cláusula rebus sic stantibus não mencionaria, em sua generalidade lacônica. Na doutrina brasileira, J. X. Carvalho de Mendonça repeliu a cláusula rebus sic stantibus como cláusula implícita ou tácita...A propósito da teoria da cláusula rebus sic stantibus tem-se de frisar que seria absurdo negar-se que possa ser expressa ou resultar firmemente das circunstâncias. O que se há de afastar é que exista lei que a considere implícita (tal regra jurídica poderia ser cogente, dispositiva ou interpretativa) e que, na falta de menção, se haja por inclusa a priori. A cláusula rebus sic stantibus pode existir, validamente, como qualquer outra que não seja proibida. A teoria que a considera inerente, ou usual, ou o quod plerumque fit, essa não pode qualquer sistema jurídico acolhê-la sem por em grave risco o princípio da segurança. Atinente à dívida, seria perigosa para os devedores e os credores; atinente ao crédito, também o seria. As opiniões que apressadamente acolheram a tese da cláusula rebus sic stantibus provieram de leituras de livros estrangeiros, sem que se pudessem firmar em textos brasileiros." (1959: 247).

PONTES DE MIRANDA, após criticar a adoção da teoria da imprevisão mesclada com a cláusula *rebus sic stantibus*, em capítulo denominado : "atitude científica no sistema jurídico brasileiro", adota o seguinte posicionamento:

"Assim no direito privado como em direito público, somente se há de atender, a favor do devedor, à mudança de circunstâncias, quando a continuidade das circunstâncias faz parte do conteúdo do negócio jurídico, ou se foi concluído tendo-se em conta, acordecamente, circunstâncias cuja persistência ou aparição seria de esperar-se, ou se à resolução ou resilição do negócio jurídico é preferível, para o que há de atenuar as conseqüências, que se proceda a reajuste ou a revisão de contrato. E preciso que, a par da onerosidade excessiva, haja, para o credor, lucro inesperado e injustificável conforme o tráfico. Não há limite a priori para esse lucro, porque depende do uso do tráfico. Também ele há de ser excessivo. A sanção normal é a resilição, salvo se o credor admite o abatimento; ou o abatimento, salvo se o credor prefere a resilição". (1959: 263).

Os autores modernos que se debruçaram sobre o tema, com pequenas divergências de pouca relevância prática, sustentam a integral aplicação da teoria da imprevisão.

Sustenta-se que não se pode mais falar em cláusula tácita, mas sim, em teoria da imprevisão, fundamentada na equidade e boa-fé, o que obriga a se analisar os acontecimentos novos de forma objetiva, de molde a se aferir a manutenção da equivalência das prestações, marca inconfundível dos contratos comutativos. Desarte, se os acontecimentos novos alteram a equação econômico-financeira do contrato firmada no início da avença, alteração esta que extrapola os limites da previsão do contratante médio, o contrato tem o potencial de causar graves prejuízos em detrimento de uma das partes e, via de conseqüência, o favorecimento injustificado da outra. Ocorrendo tais circunstâncias, impõe-se, por princípio de equidade, a revisão do contrato. (Fonseca, 1943:201, Bessone, 1997:222).

Destaca-se ainda que a teoria da imprevisão só pode ser aplicada aos contratos convencionados para o futuro, os chamados de trato sucessivo, de longa duração ou de prestação diferida, tal qual já estabelecia a velha cláusula "R.S.S."

Predomina ainda na doutrina o entendimento de que a teoria da imprevisão não pode ser aplicada aos contratos aleatórios, havendo ainda quem sustente sua inaplicabilidade aos contratos especulativos, o que, afastaria sua incidência dos contratos celebrados entre empresários.

No entanto, mesmo em relação aos contratos aleatórios e especulativos,

"deve ser aplicada a teoria, porque, se repousa sobre a imprevisibilidade, as áleas e a especulação comportam, igualmente, dentro de certos limites de previsão, além dos quais as partes nada percebem, desde que as variações não podem ser concebidas como infinitas. A questão, então, seria de fixação desses limites em tais contratos" (Bessone, 1997:223).

Concluindo o exame, ainda que de forma perfunctória, da doutrina a respeito da teoria da imprevisão e sua aplicabilidade aos contratos é possível sintetizar os fundamentos modernos autorizadores da revisão judicial dos contratos.

Relativizou-se o princípio da força obrigatória dos contratos, abandonando-se a idéia do dogma absoluto do *pacta sunt servanda*, ou da irretratabilidade dos contratos. Demonstrada a alteração da situação de fato que existia ao tempo em que o contrato foi firmado e a nova situação fática em vigor quando da execução da prestação, de forma anômala e imprevisível, tornando sobremodo onerosa a prestação, é possível aplicar-se a teoria da imprevisão. O acontecimento, portanto, tem que ser extraordinário e imprevisível. A teoria só incide, porém, nos contratos de trato sucessivo ou de prestações diferidas. (Pereira, 1978:141)

Além disso, é preciso que a alteração imprevisível do estado de fato, cause extrema dificuldade para a parte adimplir sua obrigação. A equidade exige que a modificação do estado de fato cause onerosidade excessiva para uma das partes e enriquecimento injustificado para a outra, o que autoriza ao judiciário rever as cláusulas contratuais e restabelecer a equação econômica do contrato.

Parte da doutrina afirma que a cláusula *rebus sic stantibus* é implícita aos contratos comutativos, porque neles há uma equação econômica que baseada no equilíbrio das prestações e as vantagens advindas da avença, negando, no entanto, a inclusão tácita da cláusula nos contratos aleatórios, nos quais as partes assumem um risco contratual que não se harmoniza com o equilíbrio contratual. (Coelho, 1999:403)

Inobstante tal entendimento, não se pode olvidar que a teoria da imprevisão tem sua origem na velha cláusula do direito canônico, da *rebus sic stantibus*, e independentemente de se afirmar que tal cláusula é tácita ou implícita, na verdade, o que fundamenta a revisão judicial dos contratos é a equidade, somada à boa-fé, que sempre deve ser prestigiada na interpretação dos contratos, bem como o princípio que veda o enriquecimento ilícito. A soma de todos esses antigos postulados do direito, autoriza sustentar-se a legitimidade da revisão dos contratos e o reconhecimento da relativização do vetusto dogma do *pacta sunt servanda*. Anota-se ainda que a teoria da imprevisão só pode ser aplicada aos contratos de execução diferida ou de trato sucessivo, e que tenham a marca da comutatividade. Certo ainda o entendimento de que a revisão só pode ser pleiteada pelo contratante que, além de estar de boa-fé, toma a iniciativa de se valer do Judiciário antes do inadimplemento de sua obrigação. (Coelho, 1999:404). Pode-se afirmar, dessarte, que a revisão tem por objetivo garantir a justiça comutativa dos contratos e, por isso, afasta-se sua aplicação dos contratos aleatórios, nos quais o risco e o imponderável integram a manifestação de vontade dos contratantes. (cf. Coelho, 1999:403; em sentido contrário: Bessone, 1997:223). A alteração da situação de fato existente ao tempo em que o contrato foi celebrado e a nova situação concretizada quando da execução da prestação tem que ser de tal ordem, anômala, extraordinária, e, além de imprevisível,

deve causar o desequilíbrio, quebrando a equivalência das obrigações. Busca-se, em suma, com a revisão do contrato o restabelecimento da equivalência substantiva entre os contratantes. A onerosidade excessiva para uma das partes e o conseqüente enriquecimento indevido do outro, pode ocorrer, inclusive nos contratos especulativos ou celebrados entre os empresários.

7. A TEORIA DA IMPREVISÃO APLICADA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A teoria da imprevisão, com a expressa invocação da cláusula *rebus sic stantibus* tem sido aplicada pelos Tribunais brasileiros a partir do final da 1a. Guerra Mundial. RODRIGUES anota que

"Na jurisprudência, por igual, tal tendência (aplicação da teoria da imprevisão) tem prevalecido. De fato, após algumas hesitações onde predominam arestos em sentido contrário, parece ter firmado orientação no sentido de se permitir a rescisão dos contratos, em virtude da excessiva onerosidade das prestações, oriunda de acontecimentos extraordinários e supervenientes, imprevisíveis por ocasião do negócio" (1995:23).

7.1. Primeira aplicação da teoria pelo Judiciário.

Anota a doutrina que teoria revisionista foi aplicada pela primeira vez pelo judiciário em 1930, com a sentença do então Juiz Nelson Hungria, que, considerou legítima a interrupção contratual por motivo superveniente.

A sentença julgou pretensão de promissário comprador que pretendia compir locadora - certa Ordem Terceira -, da qual havia locado pelo prazo de vinte e cinco anos, com opção de compra ao final do prazo contratual, pela quantia certa de vinte e cinco contos de réis, o imóvel objeto da locação. Com o arrasamento do Morro do Castelo e a urbanização da atual esplanada do mesmo nome, os terrenos situados nessa área experimentaram extraordinária valorização, motivo pelo qual o valor convencionado ficou extremamente defasado e, em atualizada avaliação o prédio fora avaliado em oitocentos contos de réis. A Ordem Terceira recusou-se a cumprir a cláusula contratual, e o magistrado julgou improcedente a ação do promissário comprador, proferindo decisão nos seguintes termos:

"É certo que quem assume uma obrigação a ser cumprida em tempo futuro sujeita-se à alta dos valores, que podem variar em seu proveito ou prejuízo; mas, no caso de uma profunda e inopinada mutação, subversiva do equilíbrio econômico das partes, a razão jurídica não pode ater-se ao rigor literal do contrato, e o juiz deve pronunciar a rescisão deste. A aplicação da cláusula rebus sic

stantibus tem sido mesmo admitida como um corolário da teoria do erro contratual".

"Considera-se como já viciada, ao tempo em que o vínculo se contrai, a representação mental que só um evento posterior vem a demonstrar ser falsa. Se o evento, não previsto e imprevisível, modificativo da situação de fato na qual ocorreu a convergência das vontades no contrato, é de molde a quebrar inteiramente a equivalência entre as prestações recíprocas, não padece dúvida que se a parte prejudicada tivesse o dom da pré-ciência, não se teria obrigado, ou ter-se-ia obrigado sob condições diferentes" (Sidou, 1984:92)

Nesta sentença pioneira, NELSON HUNGRIA, então juiz de primeiro grau, aplica a teoria da imprevisão, calcada na cláusula *rebus sic stantibus*, invocando a imprevisibilidade do evento alterador da situação de fato que vigia ao tempo da contratação e da execução; o contrato a termo; a profunda mutação das circunstâncias geradoras de um desequilíbrio entre as partes, com quebra da comutatividade do contrato; a representação mental da parte que o evento posterior demonstra ser falsa e, portanto, viciadora da vontade, pois, se o contratante pudesse prever o acontecimento inesperado, não teria se obrigado naqueles moldes.

O primeiro caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal que admitiu a aplicação da teoria da imprevisão, ao afirmar que a cláusula "R.S.S." não colidia com a lei federal, decorreu do Recurso Extraordinário nº 2.675, relatado pelo Ministro Costa Manso. Tratava-se de ação judicial baseada em contrato celebrado em 1930, pelo qual o requerido obtinha exclusividade para representar e vender porcas e parafusos de uma empresa da Bélgica e se comprometia a comprar quantidades mínimas dos produtos nos anos de 1930 a 1933, em total estimado de três milhões e duzentos mil francos, a serem pagos em moeda estrangeira convencionando-se multa para o caso de inadimplemento contratual. No entanto, em 1930, o requerido não comprou a quantidade mínima prevista no contrato, sustentando em sua defesa a ocorrência de motivo de força maior invencível e imprevisível, decorrente da revolução de 1930, que causou profundas modificações nas condições do contrato, pois o governo brasileiro suspendeu as compras para as repartições públicas e impôs medidas restritivas à importação, com sensível baixa do câmbio, o que impossibilitou ao requerido de continuar a trabalhar com os produtos estrangeiros, cujos preços perderam a competitividade com os produtos brasileiros similares.

A sentença de primeiro grau, acolheu a defesa do requerido e aplicou a teoria da imprevisão com base na cláusula *rebus sic stantibus* e julgou improcedente a ação. A decisão foi reformada pelo Tribunal de Apelação, sendo, posteriormente, restabelecida pelas Câmaras Conjuntas do Tribunal do Distrito Federal (RT.121/703),

sendo certo que no acórdão afirmou-se que a cláusula *rebus sic stantibus*, oriunda do direito canônico, colocada em realce após a 1a. guerra mundial, era de ser aplicada, em face da imprevisibilidade dos acontecimentos derivados da Revolução de 1930.

No Julgamento do Supremo Tribunal Federal prevaleceu o voto do Ministro Costa Manso, no sentido de que apesar de não termos em nosso direito positivo uma disposição expressa mandando aplicar nos contratos de execução sucessiva ou a termo ao cláusula *rebus sic stantibus*, os artigos 85 do Código Civil e 131, 1, do Código Comercial, além de outros, autorizam a exigibilidade de certas obrigações sob a regra da *rebus sic stantibus*, pelo que não conheceu do recurso extraordinário e manteve o aresto estadual que aplicou a teoria da imprevisão.

A ementa, no que interessa ao tema, assim ficou redigida: "Não constitui decisão contra literal disposição de lei aquela que se limita a aplicar doutrinas jurídicas, cuja construção não consta expressamente da lei positiva; interpretação do artigo 7º da Lei de Introdução ao Código Civil e da Constituição Federal, artigo 113, n. 37" (Arquivo Judiciário, 39/ 178/185).

O voto vencedor do Ministro Arthur Ribeiro sintetizou o entendimento da maioria:

"Ao contrário, aplicou-se a regra relativa ao caso fortuito ou força maior, de que, pela imprevisibilidade da transformação radical operada pelos acontecimentos sobrevindos no meio econômico, muito se aproxima a velha máxima do direito canônico: rebus sic stantibus" (Arquivo Judiciário, 39/184)

Segundo os doutrinadores, foi a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal admitiu que, apesar de não haver no direito positivo brasileiro norma expressa determinando a aplicação da cláusula "R.S.S.", inexistia qualquer afronta à lei federal no acórdão que aplicasse referida teoria. (Rodrigues, 1997:23).

A partir de então, os Tribunais Estaduais e o Supremo Tribunal Federal passam, gradualmente, a aplicar a teoria da imprevisão tendo por fundamento a cláusula *rebus sic stantibus*, firmando orientação pretoriana a respeito das hipóteses de sua incidência.

7.2. Supremo Tribunal Federal

A Suprema Corte passa a admitir que a cláusula *rebus sic stantibus* como implícita somente em contratos com pagamentos periódicos sucessivos de ambas as partes ao longo de prazo dilatado e desde que ocorra alteração profunda e inteiramente imprevisível das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio. Afasta, outrossim, a incidência da teoria da imprevisão nos casos de contratos cujos preços sejam fixados para pagamento prévio e total. (RTJ.69/95).

Vale a pena transcrever a síntese do voto do Ministro Aliomar Baleeiro:

"Desde que foi exumada empiricamente pelo Conselho do Estado em 1916, no caso Cie. Générale d'Eclairage de Bordeaux, que, num contrato de longuíssimo prazo, se viu na impossibilidade de cumpri-lo, porque, devido à ocupação inimiga, a escassez do carvão fizera com que o preço subisse de 35 francos em 1915 a 117 francos em 1917, - a cláusula rebus sic stantibus dos canonistas e pós-glosadores pressupõe prestações periódicas sucessivas no curso de tempo dilatado e a absoluta impossibilidade de ter sido prevista alteração das condições do mercado, porque inexistentes ao tempo da avença as causas que as suscitaram. Se tais causas já eram de recluir-se ou se já estavam realizadas, o contratante não se pode dizer surpreendido, mas apenas queixar-se de sua incapacidade profissional de prever riscos ordinários e inerentes aos negócios de qualquer empresa. Por isso mesmo, diz-se "teoria da imprevisão", que não tem sentido num contrato de 1963, quando a inflação brasileira, crônica de século e meio, já havia tomado marca acelerada há 20 anos, desde 1942, para não considerarmos desde o começo da Guerra, em fins de 1939.

"Por outro lado, o contrato foi de janeiro de 1963 para findar em junho de 1965 prazo relativamente breve em que era possível fazer-se a extrapolação do trend de desvalorização da moeda. Com um ano, já o recorrido exigia majoração do preço. Os comentadores daquele julgado inicial do Conselho do Estado assinalam, aliás, que sua doutrina perdeu interesse prático porque, com a generalização da crise inflacionária, os contratantes inserem cláusulas de correção de preços, por isso que previsível a alteração das condições do mercado de trabalho e de matérias-primas"....É o que está no novo Código Civil italiano. É o que está no art. 437 do Código Civil de Portugal, que exige "uma alteração anormal" nas circunstâncias em que "não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato". Ou como definiu Marcelo Caetano: "o fato imprevisível e estranho à vontade dos contratantes que, determinando a modificação das circunstâncias econômicas gerais, torna a execução do contrato muito mais onerosa do que caberia no seu risco normal". (Dir. Adm. id., Portugal, 1965, p. 333. Em 1963, esse risco era normal e previsto por qualquer adulto de senso comum. Por isso mesmo, em contraste com a jurisprudência do Conselho do Estado, a Corte de Cassação da França mantém sua velha linha, fiel ao pacta sunt servanda: "Malgré les cyclones économiques (et monétai-

res) provoqués par les deux guerres mondiales, la Cour de Cassation a maintenu sa solution de principe" (Carbonnier, II, p. 494). No RE. 55.425-SC, de 21.9.65 (RTJ 35/597), relatado pelo eminente Ministro Luiz Gallotti, foi confirmado acórdão do eg. Tribunal de Justiça de Santa Catarina que recusara a aplicar a rebus sic stantibus, porque não eram imprevisíveis retardamentos decorrentes de recusa de plantas e cálculo e falta de energia elétrica" (RTJ 68/97 e 66/561).

Analisando-se os arestos do Supremo Tribunal Federal, constata-se ser pacífico o entendimento de que o fenômeno inflacionário não pode ser invocado para a aplicação da teoria da imprevisão, o mesmo ocorrendo quando se convencionou a chamada cláusula móvel, em que o preço contratual é estabelecido em unidades reajustáveis automaticamente com base nos índices inflacionários.

Nesta linha de julgamento:

"Descabe o reajustamento do preço do apartamento vendido pela carteira hipotecária imobiliária do clube militar, à base da cláusula rebus sic stantibus se à época da operação imobiliária o fenômeno inflacionário já era uma realidade, não podendo dizer-se, portanto, ter ele surpreendido o vendedor" (RTJ 109/153). E: "não cabe a aplicação da cláusula rebus sic stantibus quando não há injusto enriquecimento de uma parte em razão do prejuízo da outra, nem cabe a sua invocação, se o valor avençado no contrato é expresso em unidades padrão de capital" (RTJ 117/323).

Da leitura dos acórdãos sobre a teoria da imprevisão, constata-se que o Supremo Tribunal Federal não admite a incidência da cláusula nos casos em que o inadimplemento decorre dos riscos normais do negócio, que são inerentes à atividade da parte. Nesta linha de julgamento:

"Assinaturas permanentes de jornais. Validade do contrato. Preensão à indenização, no caso de inadimplemento por parte da empresa jornalística. Inaplicação da cláusula rebus sic stantibus" (RTJ 55/92). "A cláusula aplica-se aos contratos de empreitada. A cláusula só ampara contra alterações fundamentais, extraordinárias das condições objetivas, em que o contrato se realizou. Ela não visa, porém eliminar riscos de negócio, riscos inerentes ao próprio sistema econômico vigente no país. No caso o recorrente não perdeu, deixou apenas de ganhar aquilo que, pelo seu cálculo, seria seu justo lucro. Mas a doutrina da imprevisão não objeti-

va reajustá-lo. Ainda no caso em apreço não era imprevisível o aumento do salário mínimo" (DJ de 8/12/64).

7.3. Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, corte federal criada pela Constituição Federal de 1988, com a finalidade de aliviar a carga de recursos que se inseria na competência do Supremo Tribunal Federal, após ser instalado, passou a ser a última instância na interpretação da legislação federal infraconstitucional, sendo, por isso, atualmente, a corte de justiça que dita a interpretação da legislação civil e comercial.

A jurisprudência originada do Superior Tribunal de Justiça a respeito da revisão dos contratos tem mitigado o princípio *pacta sunt servanda*, sob o argumento de que a interpretação literal da lei deve ceder espaço para a realização do justo, cabendo ao magistrado exercer a crítica da lei e do fato social, circunstâncias que autorizam a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* nos contratos comutativos que podem ser revistos pelo judiciário para evitar que alterações da situação econômica do país cause prejuízo para uma das partes e enriquecimento injustificado do outro contratante. (Resp. nº 177.018-MG).

O Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a cláusula da *rebus sic stantibus*, tanto nos contratos civis, como nos comerciais, enfatizando que ao judiciário cabe manter a expressão econômica das prestações de contratos de execução diferida no tempo, afirmando que a revisão judicial, em tais casos, não afronta o direito adquirido, nem o ato jurídico perfeito. (Resp. 128.307-MG; Resp. 136.561-MG).

Em relação à inflação, os arestos proferidos têm entendido que a escalada inflacionária não é fator imprevisível, especialmente quando os contratantes convenionam a incidência de atualização monetária, afastando, desta forma, a pretensão revisional dos contratos quando fundamentada, exclusivamente, na ocorrência da inflação (Resp. 87.226-DF; Resp. 46.723-SP).

O entendimento pretoriano consolidado no Superior Tribunal de Justiça tem afirmado que a teoria da imprevisão é aplicável, mesmo à mingua de texto expreso, por constituir-se em exigência resultante da equidade, sendo de rigor, no entanto, que se apresentem todos os seus pressupostos; a) fatores imprevisíveis; b) alteração da equivalência das prestações; c) empobrecimento sensível de uma das partes; d) enriquecimento indevido da outra parte. (RSTJ 23/329)

7.4 TRIBUNAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO

7.4.1. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O Tribunal de Justiça de São Paulo construiu sólida jurisprudência a respeito da admissibilidade da revisão dos contratos civis e comerciais com base na teoria da imprevisão, fundada na velha cláusula *rebus sic stantibus*, firmando posicionamento de que a pretensão revisional não pode decorrer da inflação, pois

"os males provenientes do quadro econômico-financeiro do País não se mostram como fenômeno novo e imprevisível apto a romper o equilíbrio entre partes contratantes. Assim, não pode pretender a rescisão do contrato de financiamento com base em tal argumento, sob a invocação da teoria da imprevisão, o mutuário impedido de satisfazer a obrigação pactuada junto ao SFH por problemas profissionais e pessoais" (RT.619/87). Além da ausência de imprevisibilidade do fenômeno inflacionário, também se justifica a inaplicabilidade da teoria da imprevisão em tais hipóteses o argumento de que a inflação atinge ambas as partes, não vulnerando, assim, a comutatividade do contrato (Apelação Cível nº 235.925).

7.4.2. Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo

Na pesquisa realizada sobre a jurisprudência do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que, em linhas gerais, segue o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, há um acórdão que trata especificamente de contrato comercial de fornecimento de mercadorias entre empresários que merece uma análise especial.

O aresto foi ementado da seguinte forma:

"Celebrado entre as partes contrato mercantil de fornecimento de mercadorias por prazo determinado e subordinadas as cláusulas de fornecimento às condições presentes em contrato que o comprador firmou com a Administração Pública, caracteriza-se ajuste de execução continuada ou deferida, que, por depender de cumprimento no futuro, se submete às regras da teoria da imprevisão.

"Sobrevindo alteração na legislação federal, com repercussão nas relações negociais das partes, e inexistindo acordo quanto à adequação dessas relações, suspendendo-se os fornecimentos - exigindo o vendedor o cumprimento do contrato e - recusando-se o comprador a receber os produtos -abrem-se ao vendedor as portas para exigir reparação de danos, e não para compelir o comprador ao pagamento do preço de futuras encomendas, não desfrutando do legítimo interesse para postular o cumprimento do contrato". (RT.616/89)

A hipótese julgada pode ser assim sintetizada: A autora celebrou contrato de fornecimento de mercadorias para a ré, mensalmente, no mínimo, 7.750 pares de placas de veículos automotores, incluindo-se as plaquetas e acessórios para a lacração, iniciando-se o ajuste em 1.1.80 e prorrogando-se até 31.12.84, ao preço corres-

pondente a 80% do autorizado pelo Departamento Estadual de Trânsito. A partir de janeiro de 1983 a compradora não enviou à vendedora a relação das placas a serem confeccionadas e, por isso, a vendedora ajuizou ação para cobrar pelo fornecimento vencido a partir de 1.1.83 e os vencidos até o término do prazo do contrato previsto para 31.12.84, comprometendo-se a confeccionar as placas mediante solicitação da compradora. A interrupção dos fornecimentos decorreu da Lei 7.052/82 que aboliu o uso das plaquetas para lacração dos veículos.

O acórdão acima ementado, entendeu que, tratando-se de contrato mercantil de fornecimento, por prazo determinado, de execução diferida, estava subordinado à teoria da imprevisão e, alterada a legislação federal que dispensou o uso das plaquetas objeto do contrato, houve repercussão do ato do príncipe na avença, impondo-se a rescisão do contrato, cabendo à vendedora, apenas pleitear perdas e danos decorrentes do inadimplemento, não havendo legítimo interesse para a execução compulsória da prestação tornada impossível.

Aplicou-se, assim, a teoria da imprevisão.

7.4.3. Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo

O Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, cuja competência recursal, no que diz respeito aos contratos interempresariais envolve as ações renovatórias, as ações de arrendamento mercantil e de alienação fiduciária vem aplicando, na mesma esteira do entendimento firmado pelos tribunais superiores a teoria da imprevisão, admitindo a revisão judicial de tais contratos.

A jurisprudência firmada por este Tribunal tem exigido, para a aplicação da teoria da imprevisão, a demonstração dos seguintes pressupostos essenciais: a) alteração profunda no estado de fato existente durante a celebração do contrato; b) imprevisibilidade da alteração; c) excessiva onerosidade para o devedor; d) vantagem injusta para o credor. Tem também afirmado que a modificação da equação econômica do contrato decorrente do fenômeno inflacionário é circunstância previsível que não acarreta benefício injusto para o credor, indeferindo, em tais casos, a pretensão revisional. (JTA-RT 108/462).

Relativamente aos contratos de locação comercial o 2º Tribunal tem admitido que o locador peça a revisão judicial do aluguel, com base na teoria da imprevisão, hipótese em que não se sujeita aos limites do artigo 19 e artigo 69, parágrafo 1º, da Lei de Locações, reconhecendo, em tais casos, expressamente, a existência do interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, cabendo ao autor o ônus de comprovar os pressupostos legais que permitem ao Poder Judiciário intervir na vida doméstica do contrato, sem que haja ofensa ao princípio do *pacta sunt servanda* (Agravado de Instrumento nº 534.000, 5a. Câmara, julgado em 29.7.98).

7.5 Análise da aplicação da teoria da imprevisão pelos Tribunais brasileiros.

Examinando-se os diversos precedentes jurisprudenciais que aplicaram a teo-

ria da imprevisão aos contratos, é possível apresentar, de forma sintética, as seguintes conclusões:

1. O Supremo Tribunal Federal, ao tempo em que era competente para decidir matéria infraconstitucional, firmou entendimento de que, mesmo inexistindo no direito positivo brasileiro norma autorizativa da rescisão ou revisão dos contratos, o atendimento de tal pretensão, fundada na cláusula *rebus sic stantibus* não implicava violação às normas federais, desde que atendidos os pressupostos seguintes: a) o contrato fosse de execução sucessiva ou a termo; b) a ocorrência de uma modificação da situação fática, decorrente de caso fortuito ou força maior, fosse considerada imprevisível ao tempo da celebração do negócio; c) a alteração da situação econômica gerasse uma onerosidade excessiva para uma das partes e uma vantagem indevida para o outro contratante.

2. Todos os Tribunais brasileiros, em linhas gerais, aplicam a teoria da imprevisão com base nos mesmos pressupostos acima elencados. Também é uniforme o entendimento de que não se pode aplicar a teoria da imprevisão em virtude da inflação, fenômeno perfeitamente previsível numa economia como a brasileira. A aplicação das tabelas de deflação previstas em diversos planos econômicos brasileiros, pelas quais, em virtude da alteração da moeda, o valor das prestações futuras era reduzido, sob o entendimento de que nelas já estavam embutidas as expectativas inflacionárias, não poderia justificar a rescisão ou a revisão do contrato sob a égide da *rebus sic stantibus*.

Anota-se que os Tribunais brasileiros aplicam a teoria da imprevisão, aos contratos comutativos, mesmo aos que têm nítido objetivo especulativo, vale dizer, aos contratos empresariais.

Em síntese: a jurisprudência brasileira é firme no sentido de que, ocorrendo os pressupostos doutrinários, classicamente adotados pela doutrina, admite-se a revisão dos contratos celebrados entre empresários, no exercício de sua atividade empresarial, considerando-se ínsita a cláusula *rebus sic stantibus*, podendo o judiciário intervir na relação contratual com o objetivo de restabelecer a equação econômico-financeira do contrato, à luz da equidade e da procura do justo.

8. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A TEORIA DA IMPREVISÃO

O Código de Defesa do Consumidor, consubstanciado na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, editado em face dos direitos do consumidor virem elencados entre as garantias fundamentais do cidadão, bem como de sua inclusão no rol dos princípios constitucionais da ordem econômica e da expressa previsão contida no artigo 48 do ADCT de nossa Constituição, adota, de forma expressa, e pela vez primeira, na legislação positiva brasileira, a teoria da imprevisão, incluindo-a no rol dos direitos básicos do consumidor.

O artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que, "são direitos

básicos do consumidor: inciso V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas".

Assim, a primeira parte do referido dispositivo legal assegura a tutela contratual que permite ao consumidor pleitear a modificação das cláusulas que alberguem prestações desproporcionais, isto é, causadoras de lesão, desde que esta se caracterize desde a celebração do negócio jurídico, objetivando o reequilíbrio contratual. A possibilidade de modificar as cláusulas contratuais ensejadoras da desproporcionalidade das prestações, existente desde a formação do contrato, é direito assegurado, exclusivamente, ao consumidor, vale dizer, que não pode ser invocado pelo fornecedor.

Anota, no entanto, James Marins, que o artigo 51 do mesmo código, ao prever que "A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes", "possibilita a qualquer das partes - inclusive o fornecedor - postular a alteração do contrato, extirpando, dessarte, o caráter absoluto do risco contratual assumido pelo fornecedor. (1995:65)

A segunda parte do artigo 6º prevê, de forma expressa, a possibilidade de se invocar a "teoria da imprevisão", inequivocamente fundamentada na cláusula *rebus sic stantibus*, para se postular a revisão dos contratos, em razão de fatos supervenientes que tornem as cláusulas excessivamente onerosas.

A comutatividade dos contratos, rompida por fatos supervenientes, que não poderiam ser razoavelmente previstos no momento da celebração do negócio, causando a excessiva onerosidade para o consumidor, autoriza-o a pleitear a revisão judicial do contrato, de molde a restabelecer o equilíbrio contratual, vale dizer, a igualdade das partes contratantes.

A modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas é um dos direitos básicos do consumidor (art. 6º, nº V, CDC). Tal princípio altera profundamente o sistema contratual do direito privado tradicional, reduzindo o postulado da intangibilidade dos contratos, afastando o caráter absoluto do aforisma *pacta sunt servanda*, que impunha, de forma obrigatória às partes, o exato cumprimento do avençado, que tinha força de lei entre os contratantes.

Néry Jr., ao analisar o sistema do CDC em relação às conseqüências do princípio *pacta sunt servanda* afirma que elas não atingem de modo integral nem o fornecedor nem o consumidor, pois este pode pedir a modificação de cláusula ou revisão do contrato de acordo com o art. 6º, n. V, do CDC, enquanto o fornecedor pode postular a resolução do contrato quando, da nulidade de uma cláusula, apesar dos esforços de integração do contrato, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes (art. 51, par. 2º, do CDC). (1997:379).

Anota-se que o direito que o art. 6º, nº V, do Código prevê em favor do con-

sumidor, não é o de resolver o contrato em face da onerosidade da prestação, mas sim, o de modificar a cláusula que estabeleça prestação desproporcional, mantendo-se o contrato. Alternativamente, o consumidor pode pleitear a revisão do contrato se sobrevierem fatos que tornem as prestações excessivamente onerosas para ele.

Bem por isso, acentua Nery Jr.

"o Juiz, reconhecendo que houve cláusula estabelecendo prestação desproporcional ao consumidor, ou que houve fatos supervenientes que tornaram as prestações excessivamente onerosas para o consumidor, deverá solicitar das partes a composição no sentido de modificar a cláusula ou rever efetivamente o contrato. Caso não haja acordo, na sentença deverá o magistrado, atendendo aos princípios da boa-fé, da equidade e do equilíbrio que devem presidir as relações de consumo, estipular a nova cláusula ou as novas bases do contrato revisto judicialmente. Emitirá sentença determinativa, de conteúdo constitutivo-integrativo e mandamental, vale dizer, exercendo verdadeira atividade criadora, completando ou mudando alguns elementos da relação jurídica de consumo já constituída". (1997:379).

Analisando-se o Código de Defesa do Consumidor, constata-se que a onerosidade excessiva da prestação autoriza a dedução das seguintes pretensões: 1) o direito do consumidor pleitear a modificação da cláusula contratual, para obter o equilíbrio contratual, em face de desequilíbrio existente desde a formação do contrato, consoante o artigo 6º, inciso V, primeira parte; 2) revisão de cláusulas contratuais em virtude de fatos supervenientes que não foram previstos pelo consumidor quando da realização do negócio e que tornaram a prestação excessivamente onerosa para ele (artigo 6º, inciso V, segunda parte); 3) nulidade de cláusula que cause vantagem excessiva para o consumidor (artigo 51, nº IV e parágrafo 1º, inciso III); 4) resolução do contrato, pleiteada pelo consumidor ou pelo fornecedor, quando a ausência da cláusula abusiva, "apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes" (artigo 51, parágrafo 2º).

A legislação consumerista instituiu o princípio da equivalência contratual como um dos fundamentos das relações de consumo, consoante previsão dos artigos 4º, inciso III e 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor, mercê do que estabelece que a onerosidade excessiva ensejadora de enriquecimento injusto afronta a isonomia dos contratantes.

Adverta-se porém que o legislador consumerista, ao adotar a teoria da imprevisão como ensejadora da possibilidade de revisão contratual, invoca os "fatos supervenientes" causadores da onerosidade excessiva, isto é, fatos extraordinários que não estejam inseridos na álea normal dos contratos. Em síntese, o legislador adota

o mesmo princípio da antiga cláusula canônica *rebus sic stantibus* para autorizar a revisão judicial dos contratos, ou seja, a imprevisibilidade do acontecimento que altera o equilíbrio contratual deve ser aferida de forma objetiva, levando-se em conta o homem médio e as circunstâncias em que o negócio foi entabulado. Os acontecimentos anômalos podem ter origem em causas naturais ou em fatos do príncipe ou modificações do panorama econômico ou do mercado.

Diante da adoção pelo Código de Defesa do Consumidor, de forma expressa, da teoria da imprevisão como ensejadora da pretensão revisional de contratos, impõe-se o exame da seguinte questão: a legislação consumerista se aplica a todos os contratos empresariais?

9. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS

Tema dos mais discutidos na atualidade e que se reveste de inegável importância é a questão da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados pelos empresários com os seus fornecedores.

A discussão diz respeito à possibilidade de se enquadrar o empresário no conceito de consumidor quando celebra contrato com outro empresário.

O artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor define o consumidor como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

O conceito doutrinário de consumidor, conforme anota Marins, tem se prestado a inúmeras controvérsias, sendo rotulado como "nebuloso" por BERLIOZ, mencionado por CALVÃO DA SILVA, destacando o belga THIERRY BOURGOIGNIE a inexistência de uma disciplina jurídica única a respeito do conceito de consumidor, que recebe tratamento diferenciado nas diversas legislações consumeristas. Impende anotar que a legislação positiva internacional, ao disciplinar as relações de consumo, confere tratamento de caráter objetivo ou subjetivo à figura do consumidor, consoante os critérios ideológicos e políticos que informam os respectivos diplomas legais. (1995:18).

A concepção objetiva de consumidor se fundamenta na abstração da qualidade profissional ou não profissional, bem como da finalidade profissional ou não do agente econômico, conferindo, em quaisquer situações a tutela consumerista. Em suma: a relação de consumo se caracteriza, independentemente de se verificar se os contratantes atuam como operadores econômicos ou não. Por seu turno, a concepção subjetiva, não leva em conta a atuação econômica do contratante que se utiliza dos bens ou serviços, não admitindo que o empresário se posicione como consumidor nas relações contratuais de que participa.

Para COELHO:

"Não há dúvida de que os atos de intermediação física praticados

pelo empresário submetem-se à disciplina do direito comercial. O âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor é delimitado pelo conceito de relação de consumo, e o empresário que adquire bens ou serviços para reinseri-los, ainda que transformados, na cadeia de circulação econômica não pode ser determinado como consumidor pela legislação brasileira, visto que não age neste caso como destinatário final. A dúvida acerca da aplicabilidade da legislação de tutela dos consumidores nos atos interempresariais circunscreve-se à hipótese em que não se verifica a intermediação física do bem ou serviço. Por exemplo: a aquisição pelo industrial de energia elétrica para funcionamento da fábrica, a aquisição de máquinas, utensílios ou mobiliários para uso na empresa, a contratação de serviços de dedetização do estabelecimento comercial, etc.. Nessas situações, o empresário pode ser visto como destinatário final dos bens ou serviços, sob o ponto de vista material, uma vez que fisicamente deixam de circular. Mas, sob o ponto de vista econômico, esses bens ou serviços se incorporam aos oferecidos ao mercado de consumo pelo empresário que os adquiriu. Em uma palavra, são insumos". (1994:47).

Filomeno, após criticar nossa legislação consumerista por incluir as pessoas jurídicas no conceito de consumidor, ressalta que, apesar de tal previsão, elas só podem ser assim consideradas se forem consumidoras finais dos produtos e serviços que adquirem e não quando pretenderem utilizá-los como insumos necessários ao desempenho de atividade lucrativa. (1998: 27)

MARQUES, ao tratar do conceito de consumidor na legislação brasileira, faz longa retrospectiva sobre a posição dos minimalistas, que o restringem e dos maximalistas que o ampliam, concluindo que a melhor interpretação do Código de Defesa do Consumidor é a finalista, afirmando que apenas a interpretação teleológica do artigo 2º terá o condão de estabelecer quem pode ser considerado consumidor para receber a tutela especial do Código. "O destinatário final é o Endverbraucher, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor". Concluiu que, em regra, estão subordinados à legislação consumerista os contratos celebrados entre o fornecedor e o consumidor não-profissional, e entre o fornecedor e o consumidor, o qual, pode ser um profissional, mas que, no contrato firmado, não objetiva lucro, uma vez que o mesmo não diz respeito à sua atividade profissional, quer seja esta pessoa física ou jurídica. (1995:107).

VIDIGAL, ao tratar do tema, afasta peremptoriamente a possibilidade dos empresários invocarem a tutela consumerista. Diz ele: "a empresa nunca é consumidora", pois, sendo uma organização que reúne os fatores da produção, a fim de oferecer no mercado produtos e prestar serviços com a finalidade de auferir lucros, a empresa "jamais adquire ou utiliza produto, ou serviço, como destinatário final" (Cadernos do IBCB 22, p. 16). Excepciona, porém, as pessoas jurídicas que, não tendo objeto empresarial-econômico, atuam na condição de destinatárias finais em proveito de seus associados, tais como clubes culturais, de lazer, esportivos, entidades beneficentes, etc.

Em posicionamento semelhante está Wald, ao afirmar que nosso Código de Defesa do Consumidor, ao incluir a pessoa jurídica no elenco dos consumidores, teve em mira "certas pessoas jurídicas de direito civil sem caráter empresarial, como as fundações e associações, ou admitiu que as pessoas jurídicas de direito comercial também pudessem invocar a proteção da lei especial, mas, tão somente, nos casos nos quais a contratação de bens ou serviços de consumo não tivesse vinculação alguma com a sua atividade produtiva ou empresarial, não se tratando de bens ou de serviços utilizados, ou utilizáveis, direta ou indiretamente, na produção ou comercialização" (Cadernos do IBCB 22, p. 57).

Para tais autores, o consumidor digno da proteção do Código de Defesa do Consumidor seria a pessoa física ou jurídica que adquire bens ou serviços para a satisfação de suas necessidades pessoais (destinatário final), não trespassando aqueles bens para terceiros, nem se valendo deles como instrumentos produtivos.

Nunes formula interessante interpretação do conceito de consumidor. Sustenta ele que a legislação consumerista aplica-se aos empresários que adquirem, como destinatários finais, bens ou serviços ofertados em série, isto é, em forma massiva ao mercado de consumo, com o intuito de utilizá-los em sua atividade empresarial. Fornece como exemplo a aquisição por despachante de uma máquina de escrever vendida em série em loja de departamento, que pretenda usá-la em seu escritório profissional, isto é, como prestador de serviço. Sustenta ele que, em tal caso, incide a legislação protetiva do consumidor, pois o vendedor não tem condições de verificar entre seus clientes, quais deles usarão o bem adquirido para atividade especulativa e quais o usarão para finalidade doméstica ou de lazer. Por outro lado, se os produtos não são oferecidos massivamente ao mercado de consumo, inviável seria a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, visto que o fornecedor teria condições de aferir as hipóteses em que o bem vendido seria, ou não, utilizado na atividade econômica do adquirente. (1991: 14/20)

Entende-se que o melhor posicionamento sobre o tema é o que afirma que os contratos celebrados entre os empresários podem ser regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, desde que os bens ou serviços adquiridos não sejam utilizados na cadeia produtiva do empresário, isto é, em sua atividade econômica. Assim, de acordo com a utilização dos bens ou serviços adquiridos pelo empresário, o contra-

to se sujeitará à legislação consumerista ou à legislação comercial. Se o bem for destinado à atividade empresarial, a relação é considerada de insumo, incidindo, portanto, o Código Comercial, ou, conforme o caso, o Código Civil. Por outro lado, se o empresário adquirir o bem na condição de consumidor, isto é, seu destinatário final, não o inserindo na sua atividade produtiva (comercialização, industrialização, prestação de serviço), incide o Código de Defesa do Consumidor.

A jurisprudência dos tribunais paulistas tem se inclinado pelo entendimento de que a pessoa jurídica, por se dedicar à atividade produtiva e lucrativa, não pode ser presumida como parte vulnerável da relação jurídica, mercê do que, ela só poderá invocar a tutela do Código de Defesa do Consumidor se afirmar e demonstrar a satisfação dos requisitos de ordem subjetiva, objetiva e finalista. Tem-se entendido ainda que o ônus de provar que o bem ou serviço adquirido não foi aplicado em sua atividade empresarial compete à pessoa jurídica que invoca a proteção consumerista (RJTJESP, 175/452). Em idêntico sentido:

"No contrato de arrendamento mercantil incide o Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, sendo a arrendatária pessoa jurídica, que adquire bens de capital para o seu mister, não pode ser caracterizada como consumidora final. Daí a eficácia da cláusula resolutiva expressa a operar efeitos em favor da arrendante" (Boletim da AASP 2099:1).

Em síntese, a jurisprudência está se consolidando no seguinte entendimento: o Código de Defesa do Consumidor só se aplica aos contratos interpresariais quando o empresário adquire bens ou serviços como destinatário final, vale dizer, quando aqueles bens não serão repassados para terceiros ou utilizados no processo empresarial, seja como ativo circulante, seja como ativo fixo. Assim, nos contratos celebrados para a aquisição de bens ou serviços para aplicação na atividade empresarial, incide o Código Comercial. Por outro lado, nos contratos celebrados entre empresários, em que a aquisição de bens ou serviços não objetiva sua utilização na cadeia produtiva, incide o Código de Defesa do Consumidor.

10. A TEORIA DA IMPREVISÃO NOS DEMAIS PAÍSES QUE INTEGRAM O MERCOSUL

10.1. Uruguai

O Código Civil do Uruguai, de 1868, adota expressamente o princípio do *pacta sunt servanda*, estabelecendo no artigo 1291 que "as obrigações que nascem dos contratos têm força de lei entre as partes contratantes, e devem cumprir-se no teor dos mesmos", afastando, desta forma, a possibilidade da revisão judicial dos contratos. (Donnini, 1999:36)

10.2. Argentina

O Código Civil Argentino, em sua redação original, afastava no artigo 1633 a possibilidade da revisão judicial dos contratos, ao preceituar: "ainda que encareça o valor dos materiais e da mão de obra, o locador da obra, debaixo de nenhum pretexto, pode pedir aumento no preço, quando haja sido contratado por uma soma determinada".

Atualmente, com a edição da Lei nº 17.711, foi alterada a redação do artigo 1198 do Código Civil, que de forma expressa, adota os princípios da teoria da imprevisão:

"Nos contratos bilaterais comutativos e nos unilaterais onerosos e comutativos, de execução diferida ou continuada, se a prestação a cargo de uma das partes se tornar excessivamente onerosa por acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis, a parte poderá demandar a resolução do contrato. O mesmo princípio se aplicará aos contratos aleatórios quando a excessiva onerosidade se produza por causas estranhas ao risco próprio do contrato. Nos contratos de execução continuada a resolução do contrato não alcançará os efeitos já cumpridos. Não procederá a resolução se o prejudicado houvesse obrado com culpa ou estivesse em mora. A outra parte poderá impedir a resolução, oferecendo melhorar equitativamente os efeitos do contrato."

Os requisitos exigidos pela legislação argentina para aplicar a teoria da imprevisão são: a) a teoria aplica-se apenas aos atos jurídicos, sendo inaplicável aos atos ilícitos; b) deve tratar-se de contratos onerosos e comutativos, sejam bilaterais ou unilaterais, não podendo ser aplicada aos contratos gratuitos; c) em relação aos contratos aleatórios, em regra não se aplica a imprevisão, salvo quando a excessiva onerosidade decorra de um risco estranho à álea própria do contrato; d) a onerosidade excessiva para uma das partes tem que decorrer de um fato exterior extraordinário e imprevisível, com caráter de força maior; e) se a modificação da situação fática ocorrer quando o devedor já se encontrar em mora, ou decorrer de sua culpa ou dolo, não se aplica a imprevisão; f) os contratos aos quais se pode aplicar a imprevisão são os que têm cumprimento diferido ou de execução continuada, estando excluídos do artigo 1198 os contratos de execução imediata; g) a dificuldade no cumprimento deve implicar onerosidade excessiva. (Cazeaux e Tejerina, 1081:113-116).

10. CONCLUSÕES

1) A teoria da imprevisão teve origem na cláusula *rebus sic stantibus*, com fundamento na obra dos canonistas e pós-glosadores, nos séculos XIV e XV. No final do século XVIII e início do século XIX ela entra em decadência e deixa de ser aplicada,

sendo restaurado o princípio da irretratabilidade dos contratos, cujo apogeu é consagrado durante o liberalismo clássico, consubstanciado no Código Napolêônico, que sacraliza o princípio do *pacta sunt servanda*, no sentido de que o contrato é lei entre as partes.

2) Com o liberalismo contemporâneo, período em que se constata que a igualdade política que a ordem jurídica assegurava não correspondia à isonomia econômica, os juristas passam a defender a intervenção estatal nas relações contratuais privadas, admitindo a edição de normas públicas regulatórias, restringindo-se a autonomia da vontade em favor do interesse social. Passa-se, também, a permitir a intervenção judicial no âmbito interno dos contratos, de molde a se assegurar a justiça comutativa contratual, quando o desnível das obrigações pactuadas gera injustiça entre as partes. Relativiza-se o princípio do *pacta sunt servanda* em situações excepcionais, invocando-se novamente a antiga teoria da cláusula *rebus sic stantibus*.

3) Após a Primeira Guerra Mundial, em face das dificuldades no cumprimento dos contratos de fornecimento em França, especialmente pela grande desvalorização do marco e do franco, o Conselho do Estado Francês passa a admitir a revisão dos contratos e, diante da intransigência do Poder Judiciário, que insistia em interpretar os contratos como lei entre as partes, é editada, em 1918 a Lei Failliot, que prevê expressamente na legislação positiva a teoria da imprevisão. Da França a teoria da imprevisão se espalha para os demais países da Europa continental e, ulteriormente, para a América.

4) No Brasil, após a Revolução de 1930, o Poder Judiciário, arrimado na jurisprudência europeia formada após o final da Grande Guerra de 1914, passa a aplicar a teoria da imprevisão, que, após ser reconhecida como não violadora das normas infraconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, vem sendo aplicada pelos juizes brasileiros, inicialmente para admitir a rescisão dos contratos e, ulteriormente, para ensejar sua revisão, invocando os pressupostos da cláusula *rebus sic stantibus*, a saber:

1) contrato deve ser comutativo e com prestações diferidas, a termo ou de trato sucessivo; 2) alteração da situação de fato que existia ao tempo da contratação e a vigorante quando da execução; 3) modificação de fato extraordinária, considerada imprevisível pelo homem médio, ensejadora da impossibilidade (não apenas dificuldade) de cumprimento; 4) onerosidade excessiva para uma das partes e enriquecimento injustificado para o outro contratante. 5) a pretensão revisional deve ser apresentada antes do devedor incidir em mora. Outrossim, de forma pacífica os tribunais não admitem a teoria da imprevisão em relação aos contratos aleatórios, havendo pequena divergência sobre sua aplicabilidade aos contratos especulativos.

5) O Código de Defesa do Consumidor, editado em 1990, insere na legislação positiva brasileira a teoria da imprevisão, permitindo sua invocação pelos consumidores.

6) Os contratos celebrados entre empresários estão submetidos ao regime civil, comercial e consumerista. Admite-se que os empresários possam ser considerados consumidores quando celebram contratos para a aquisição de bens ou serviços, na

condição de destinatários finais, ou seja, quando aqueles bens ou serviços não sejam considerados insumos, vale dizer, inseridos na cadeia produtiva.

7) A revisão judicial dos contratos empresariais pode ser pleiteada sob o fundamento da teoria da imprevisão, seja com a invocação da jurisprudência formada a partir da interpretação da cláusula *rebus sic stantibus*, quando os contratos tem a marca da especulatividade, seja sob a tutela consumerista, nos casos em que os empresários possam ser qualificados como consumidores.

BIBLIOGRAFIA

- BESSONE, Darcy 1997 - *Do Contrato - Teoria Geral*. 4a. edição. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BEVILÁQUA, Clóvis 1917. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado* vol. IV. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917.
- CAZEAUX, Pedro N. & TEJERINA, Wenceslao 1981. *Reajuste de Las Obligaciones Dinerarias*. 2ª edição. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981.
- COELHO, Fábio Ulhoa 1994 - *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- 1999 - *Manual de Direito Comercial*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DONNINI, Rogério Ferraz 1999 - *A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FILOMENO, José Geraldo Brito et al. 1998. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da 1943 - *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.
- GOMES, Orlando 1997. *Contratos*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- KLANG, Márcio 1983. *A Teoria da Imprevisão e a Revisão dos Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- LOPES, Serpa 1964. *Curso de Direito Civil*. Contratos. Vol. III. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.
- MACEDO JR, Ronaldo Porto 1998. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998
- MARINS, James et al. 1995. *Código do Consumidor Comentado*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MARQUES, Cláudia Lima 1995. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MARTINS, Fran 1976. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 4ª edição. Rio de Janeiro, 1976.
- MIRANDA, Pontes de 1959. *Tratado de Direito Privado*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, tomo XXV, 1959.
- MONTEIRO, Washington de Barros 1995. *Curso de Direito Civil*. 28ª edição. São Paulo.
- NÉRI JR., Nelson et al. 1998. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- NUNES, Luiz Antônio 1991. *A empresa e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Artpress, 1991.
1997. *O Código de Defesa do Consumidor e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva 1978. *Instituições de Direito Civil* volume III. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

RODRIGUES, Silvio 1997. *Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

SIDOU, J. M. Othon 1984. *A Revisão Judicial dos Contratos e Outras Figuras Jurídicas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo 1991. *A Lei de defesa do consumidor - sua abrangência*. In: Lei de defesa do consumidor. São Paulo: Cadernos do IBCB, 1991, nº 22.

WALD, Arnold 1991. *A Lei de defesa do consumidor - sua abrangência*. In: Lei de defesa do consumidor. São Paulo: Cadernos do IBCB, 1991, nº 22.